



Universidade de Brasília- UnB
Faculdade de Direito

**A CONDIÇÃO DE DEPENDENTE MAIOR INVÁLIDO E A SUA
NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

LUIZA DE MARILAC SILVA CORDEIRO ALMEIDA

BRASÍLIA
2012

**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

LUISA DE MARILAC SILVA CORDEIRO ALMEIDA

**A CONDIÇÃO DE DEPENDENTE MAIOR INVÁLIDO E A SUA
NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade
de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said
Maia Filho

**BRASÍLIA
2012**

Luisa de Marilac Silva Cordeiro Almeida

**A CONDIÇÃO DE DEPENDENTE MAIOR INVÁLIDO E A SUA
NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora composta por:

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho (Orientador)

Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins (Examinador)

Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira (Examinador)

Universidade de Brasília - UnB

Ao meu primeiro e único Amor, por
todo apoio e companheirismo, e à
minha família pelo amor ensinado e
dedicado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao Senhor Jesus que me permitiu sonhar e realizar este sonho. Sem a sua infinita graça certamente não estaria aqui.

Agradeço aos meus pais, Sandoval e Socorro, pelos ensinamentos e valores transmitidos que tão profundamente formaram o meu caráter. Agradeço ao meu pai por me ensinar a amar e valorizar o trabalho e à minha mãe pela dedicação e incentivo que me fizeram acreditar nos sonhos e batalhar para alcançá-los.

Agradeço aos meus queridos irmãos, Sandoval Júnior, pelo seu exemplo e determinação que tão positivamente me influenciaram.

À Catarina, pela sua alegria e entusiasmo, pela confiança e admiração sempre a mim dispensados.

À Jandira, pela sua generosidade, serenidade, paciência e pela força inabalável com que sempre enfrentou as dificuldades e lutas. Certamente, os céus estão em festa pela sua presença.

Aos muitos amigos que sempre estiveram presentes, nas alegrias e nos momentos mais difíceis.

À Malu, pela compartilhamento de sonhos e projetos, pois, a sua amizade é um maravilhoso presente de Deus.

À Grazi, minha amã – amiga e irmã, pela sua presença especial em minha vida, uma benção do Senhor para a mim.

Ao meu Amor - Marccone, por estarmos tão amalgamamente unidos, pelo seu companheirismo, apoio e primordialmente pelo seu amor que me tornou melhor.

Ao meu professor Orientador, Mamede Said, pela gentileza e disponibilidade de ser o Orientador desse trabalho, pela paciência,

compreensão e presteza dedicadas. Aos professores componentes da banca, pelo tempo despendido na leitura deste trabalho e pela disposição em comparecer à avaliação.

À Universidade de Brasília e à Faculdade de Direito, por me proporcionarem um aprendizado acadêmico adequado, e a todos os professores que contribuíram para meu desenvolvimento.

RESUMO

Este trabalho apresenta um estudo sobre a condição do filho e irmão maior inválido dependente do benefício da pensão por morte no Regime Geral da Previdência Social, sua evolução histórica e a inclusão no texto constitucional vigente como um dos direitos da Seguridade Social. Trata ainda da inadequação da alteração decorrente do Decreto nº 6.939/2009 que ao alterar o Decreto nº 3.048/99 passou a exigir condição não prevista na Lei nº 8.213/91, mitigando a proteção social outrora conquistada e contrariando princípios constitucionais vigentes.

PALAVRAS-CHAVES:

Regime Geral de Previdência Social; Pensão por Morte; Dependente Maior Inválido; Princípio da Legalidade; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

This work presents a study about children and over 18 disabled brothers who are dependent of benefits payed by Brazilian Previdência Social, specifically the pension due to death under the general social welfare policy. Here we discuss the historical evolution of these social allowances and how they took place in the last Brazilian Constitution as one of prescribed social security rights. We also talk about the recent modifications brought by the Brazilian Federal Laws Decreto 6.939/2009 and Decreto 3.048/1999 and their relation with the rules prescribed by the Law 8.213/1991 what has been weakening acquired social rights protection mechanisms and contradicts constitutional principles.

Keywords: General social welfare policy; pension due to death; over 18 disabled brothers; rule of law principle; dignity of human person.

Sumário

Introdução	10
1. Do Benefício da Pensão por Morte	14
2. A Condição do Dependente Maior Inválido	17
3. Princípios Constitucionais	21
3.1. Do princípio da legalidade.....	21
3.2. Do Poder Regulamentar.....	24
3.3. Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	26
3.4. Do Princípio da Igualdade	30
3.5. Do Postulado da Razoabilidade	32
4. Da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo – Da Lei nº 7.853/89	34
Considerações finais.....	45
Referências Bibliográficas.....	47

Introdução

A origem e a evolução do sistema previdenciário no Brasil não aconteceram de modo ideal. Contudo, ao analisarmos a nossa história de colonização e cultura, verificamos que avançamos de maneira significativa. Especialmente se observamos que até o final do século XIX (13 de maio de 1888) a escravidão era legalizada e havia uma população escrava de quase um milhão de pessoas, sob condições que não lhes garantia sequer o direito à vida.

Logo após a abolição da escravatura surgiram as primeiras leis previdenciárias que visavam a proteção do trabalhador e também o amparo de sua família.

Várias leis promoveram alguma garantia e proteção aos trabalhadores, entretanto, não existia um sistema previdenciário que acobertasse de maneira universal todos os trabalhadores, como ocorre atualmente. Apenas algumas categorias – entre as poucas categorias profissionais então existentes – estavam amparadas pelo sistema.

O reconhecimento da necessidade de um sistema de proteção social no Brasil se deu através de um processo lento. Na época do Império, surgiram as primeiras leis que tinham um caráter assistencial. Assim, foram criadas as Santas Casas de Misericórdia; logo depois, surgiu o Plano de Beneficência dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha e posteriormente do Exército e também a concessão de aposentadoria para os empregados dos Correios.

Os doutrinadores brasileiros são unânimes ao considerar como marco inicial da previdência social no Brasil o Decreto Legislativo nº 4.682/23, conhecido como Lei Eloy Chaves¹

¹ Eloy de Miranda Chaves nasceu em 27/12/1875, na cidade de Pindamonhangaba – SP. Formou-se em Direito pela Faculdade do Largo do São Francisco. Foi promotor Público e advogado. Iniciou sua carreira política como vereador em Jundiaí – SP. Posteriormente, elegeu-se deputado federal e foi autor de um

O referido Decreto criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões das empresas de estradas de ferro e sua respectiva fonte de custeio com as contribuições dos trabalhadores das empresas atuantes no setor e do Estado.

A fonte de inspiração para a elaboração da Lei Eloy Chaves foi o modelo alemão datado de 1883, quando Otto Von Bismarck, primeiro chanceler alemão, editou a lei de seguros sociais. Num primeiro momento, a previdência social alemã surgiu como uma espécie de contrato estabelecido com as contribuições de empregadores e empregados urbanos. Tendo posteriormente evoluído para uma proteção social universal, após o fim da II Guerra Mundial com o surgimento do Estado Social.

Podemos verificar nessa lei (art. 9º) que o direito a pensão por morte aos herdeiros já estava presente, a qual era garantida aos herdeiros, e não aos dependentes em geral. Pois, não existia o conceito de dependente como conhecemos atualmente. Assim, somente teria direito à pensão por morte quem fosse considerado herdeiro do trabalhador falecido.

A Era Vargas, iniciada com a Revolução de 1930, inaugurou um novo período da história brasileira e inúmeras alterações foram introduzidas na estrutura econômica e social do país.

A Constituição de 1934 foi a primeira das constituições brasileiras a tratar da ordem econômica e social. Também dedicou capítulos a legislação trabalhista, a educação e a cultura. Foi um avanço considerável, visto que nada disso existia na Constituição anterior. Nas palavras de Gilmar Mendes:

Pois bem, em que pese o regresso a fórmulas ultrapassadas, como a atribuição, ao Senado Federal, de funções assemelhadas às do Imperial Poder Moderador – que tanto equivalia incumbir essa Casa Legislativa de coordenar os poderes federais entre si e velar

pela Constituição –, mesmo assim, a Carta de 1934 trouxe novidades significativas, que se incorporaram de vez à nossa experiência constitucional e que a credenciaram ao respeito da posteridade, como a constitucionalização dos direitos sociais;²

Nessa Constituição, de forte cunho social, o sistema de previdência social também foi tratado, inclusive estabelecendo o sistema tripartite, isto é, as formas de fonte de custeio oriundas dos três setores envolvidos: os trabalhadores, empregadores e o próprio Estado.

Com o surgimento do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (1933), despertou-se para a necessidade de criação de um sistema de previdência para outros trabalhadores. Temos como, por exemplo, o surgimento de diversos institutos que abarcavam outras categorias profissionais: comerciários, em maio de 1934; bancários, em julho de 1934; industriários, em dezembro de 1936; empregados em transportes e cargas, em agosto de 1938; e da estiva, em agosto de 1939.

A Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, criou a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, que unificou as legislações que tratavam dos Institutos de Aposentadorias e Pensões. Em 1982, criou-se o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, que posteriormente foi transformado em Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (1990).

Atualmente, o sistema previdenciário brasileiro oferece proteção ao trabalhador e também, em alguns benefícios específicos, a seus dependentes. Neste diapasão, a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, estabelece quem é considerado dependente do segurado e quais são os benefícios devidos. É a conhecida Lei dos Benefícios da Previdência.

O problema que se apresenta é: quem é considerado dependente maior inválido para fins do benefício pensão por morte? Para responder a essa questão é necessário partirmos da análise de dois

2 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189.

institutos: o benefício de pensão por morte e a condição de dependente do segurado.

A Lei nº 8.213/91 diz, no artigo 16, que:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado:

I - O cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Assim, a citada lei veio satisfazer um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é a promoção do bem-estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV).

Na verdade, essa normatização apenas enfatizou o sentido de todas as disposições constitucionais, pois ficou expresso que o Estado tem o dever de assegurar aos beneficiários da Previdência Social meios indispensáveis de subsistência em favor daqueles que dependiam economicamente do falecido segurado. E, por conseguinte, oferecendo eficácia à proteção constitucional garantida a própria família.

Ocorre, todavia, que o INSS vem restringindo o acesso a tal direito, pois exige, para a concessão da pensão em favor do filho ou irmão inválido que a invalidez tenha se manifestado antes da maioridade. Essa imposição, contudo, jamais foi trazida pela lei.

Em que pese a posição da autarquia previdenciária estar embasada no Decreto nº 3.048/99, a restrição imposta ao dependente maior inválido não encontra amparo em nosso ordenamento, podendo, assim, ser considerada inconstitucional, ilegal, arbitrária e desumana.

O posicionamento do INSS vai de encontro a todo o ordenamento jurídico nacional e aos pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Portanto, faz-se mister que urgentemente se modifique o entendimento que impõe severa e ilegal restrição aos direitos

do dependente maior inválido.

1. Do Benefício da Pensão por Morte

A pensão por morte é o benefício previdenciário pago aos dependentes do segurado, por ocasião do seu falecimento, independentemente de carência. Está prevista na Constituição Federal (art. 201, V) e é regulamentada pela lei previdenciária (artigos 74 a 79).

Fica explícito, muito claramente, que o seu objetivo é a manutenção da família do segurado após o seu óbito, garantindo a continuidade dos recursos que assegurem seu sustento.

Para concessão do benefício de pensão por morte, não é exigido tempo mínimo de contribuição, porém é necessário que o óbito tenha ocorrido enquanto o trabalhador mantinha a qualidade de segurado.

Se o óbito vier a ocorrer após a perda da qualidade de segurado, os dependentes terão direito ao benefício se o trabalhador tiver cumprido, até o dia da morte, os requisitos para obtenção de aposentadoria concedida pela Previdência Social.

É possível a concessão, por exemplo, se comprovada a incapacidade permanente ou temporária do segurado dentro do período de graça (período em que, mesmo sem contribuição, o trabalhador mantém a sua qualidade de segurado). A razão para isso está em que referida incapacidade subsidiaria possível aposentadoria por invalidez.

Importante salientar, ainda, que a pensão pode ser concedida por morte presumida nos casos de desaparecimento do segurado em catástrofe, acidente ou desastre.

O Código Civil atual regula a capacidade civil, que é alcançada aos 18 (dezoito) anos. Entretanto, para fins previdenciários, permanece a idade de 21 (vinte e um) anos estabelecida na legislação

especial. Diante dessa especialidade, a idade de aferição da dependência econômica continua tendo como limite os 21 (vinte e um) anos.

Os dependentes do segurado estão elencados no art. 16 da Lei de Benefícios e são agrupados em três classes: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Constata-se que o dependente inválido encontra proteção nos incisos I e III. De igual forma, depreende-se que o filho ou irmão maior inválido terá direito ao benefício da pensão, desde que a invalidez, concluída mediante exame médico pericial, seja anterior ou simultânea ao óbito do segurado, e o requerente não tenha se emancipado até a data da invalidez.

É entendimento manso e pacífico dos tribunais que a exigência do INSS no sentido de somente considerar a invalidez que tenha se manifestado antes da maioridade não conta com amparo legal, devendo, portanto, ser afastada de forma a autorizar a concessão da pensão em favor do dependente inválido, independentemente do momento em que a incapacidade tenha se manifestado.

Com a edição do Decreto nº 6.939, de 2009, foram alterados vários dispositivos do Decreto nº 3.048/99, que aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Dessa maneira, a posição da autarquia previdenciária consolidou-se, mesmo à luz da jurisprudência contrária dos tribunais, e hoje, está respaldada pelo Decreto nº 3.048/99.

O decreto é um ato administrativo normativo geral e abstrato cujo alcance deve ser tão somente o de regulamentar à lei, no sentido de torná-la exequível e plenamente aplicável. Quando a Administração edita ato que altera a lei, está cometendo abuso de poder regulamentar e invadindo a competência do Poder Legislativo.

O artigo 108 desse decreto, antes da alteração promovida pelo Decreto nº 6.939/2009, previa que a existência da invalidez deveria ocorrer anteriormente ao advento do óbito do segurado:

Art.108. A pensão por morte somente será devida ao dependente inválido se for comprovada pela perícia médica a existência de invalidez na data do óbito do segurado [texto revogado].

A nova redação do art. 108 passou a exigir, como requisito, que a invalidez tenha ocorrido antes da emancipação, ou antes, que o requerente completasse 21 anos, em completa dissonância com a própria Lei nº 8.213/91, com a Constituição Federal e os diversos pactos internacionais de direitos humanos:

Art. 108. A pensão por morte somente será devida ao filho e ao irmão cuja invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de vinte e um anos, desde que tenha sido reconhecida ou comprova, pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado (texto em vigor).

Como se nota, um simples decreto veio ao ordenamento jurídico, inovando-o por completo, reduzindo a carga de proteção em favor do dependente inválido, em clara afronta aos princípios da legalidade, da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Tal violação, além de importar em transgressão da lei federal, importa também em descumprimento do princípio da separação dos poderes (cláusula pétrea que consta do art. 60, § 4º, III, da CF) e em violação ao direito fundamental à seguridade social e à isonomia.

Já em 1798, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa alertava sobre a imprescindibilidade das garantias dos direitos, como forma de preservação do próprio Estado de Direito. Enuncia, no seu art. 16, que “toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

Essa posição trazida pelo decreto federal e adotada pela autarquia federal enfraquece a força normativa não só do próprio art. 16 da Lei nº 8.213/99, mas também do Código Civil (art. 1.694 e seguintes), que prevêem que o filho inválido é dependente dos seus ascendentes diretos, pois, também a estes, se estenderá o dever de assistência.

No mesmo sentido, o irmão inválido também tem direito de receber alimentos, em razão da relação de parentesco, nos termos do art. 1.694 e seguintes do Código Civil.

2. A Condição do Dependente Maior Inválido

Um dos objetivos do direito fundamental à previdência social é a garantia de pensão por morte, nunca inferior ao salário mínimo, à pessoa com deficiência que comprove ser dependente. Esta é a previsão do art. 201, inciso V, § 2º, da Constituição Federal.

Regulamentando este dispositivo, sobreveio o Decreto nº 6.939 de 2009 (altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99), que previu, em seu art. 108, os critérios para a concessão do benefício previdenciário pensão por morte ao filho ou irmão inválido.

Estabelece-se que, para efeitos de concessão de benefício supracitado, são dependentes do segurado as pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91, desde que o filho ou irmão seja menor de vinte e um anos ou inválido.

Tal disposição, na verdade, somente aclarou o sentido de todas as disposições constitucionais e da própria Lei 8.213/91, por meio da qual o Estado denota o seu dever de assegurar aos beneficiários da Previdência Social meios indispensáveis de subsistência. Os benefícios são

garantidos àqueles que dependiam economicamente do falecido segurado, materializando, em última análise, a proteção da própria família.

Todavia, o INSS, como antes assinalado, vem reduzindo o âmbito de aplicação desta norma, para beneficiar apenas o filho cuja invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de atingir a maioridade civil. É o que podemos verificar através da Instrução Normativa nº 20/2010 que é utilizada pelos servidores da Autarquia para analisar e fundamentar as decisões proferidas nos processos concessórios de benefícios. Eis o teor do comando:

Art. 26. A perda da qualidade de dependente ocorrerá:
(...)

III - para o filho e o irmão, de qualquer condição, ao completarem vinte e um anos de idade, salvo se inválidos, desde que a invalidez tenha ocorrido antes:

a) de completarem vinte e um anos de idade;

Art. 320. A pensão por morte somente será devida ao filho e ao irmão cuja invalidez tenha ocorrido antes da ocorrência de uma das hipóteses do inciso III do art. 26 e desde que reconhecida ou comprovada, pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado.

De outro lado, também o Decreto nº 6.939/09 reduziu a carga de proteção em favor do irmão inválido dependente do segurado, no que também extrapolou a legalidade.

Portanto, a norma do antigo art. 108 do Decreto nº 3.048/99 não criava qualquer distinção quando à manifestação de invalidez, se antes ou depois da maioridade.

Entretanto, em clara violação ao princípio da legalidade e da isonomia, o art. 108 teve a sua redação suprimida, e no seu lugar foi editada norma de caráter restritivo.

Basta, então, comparar a redação antiga do art. 108 com a nova redação para constatar que houve flagrante limitação do benefício previdenciário, em clara inovação do ordenamento legal, tendo, portanto, o decreto extrapolado o seu poder regulamentar, incidindo, com isso, em

violação aos princípios da legalidade e da isonomia.

O INSS vem criando, portanto, situação inconstitucional, explicitamente ofensiva ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, II, art. 37) ao tratar desigualmente, sem razoabilidade e arbitrariamente, por meio do decreto, a aquisição do direito à pensão por morte. Não há, entretanto, elementos plausíveis que justifiquem a discriminação.

Administrativamente, de fato, só será beneficiado o filho ou irmão do segurado cuja invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de vinte e um anos, desde que reconhecida ou comprovada, pela perícia médica do INSS, a existência da invalidez até a data do óbito do segurado.

Ora, segundo o INSS, a pensão por morte é paga à família do trabalhador quando ele morre. Para a concessão de pensão por morte não há tempo mínimo de contribuição, mas é necessário que o óbito tenha ocorrido enquanto o trabalhador tinha a qualidade de segurado.

Ainda, se o óbito tiver ocorrido após a perda da qualidade de segurado, os dependentes terão direito a pensão desde que o trabalhador tenha cumprido, até o dia da morte, os requisitos para obtenção de aposentadoria pela Previdência Social ou que fique reconhecido o direito à aposentadoria por invalidez, dentro do período de manutenção da qualidade de segurado.

Preenchido o requisito da qualidade de segurado, outro requisito deve ser atendido: a dependência econômica.

Nos termos do inciso I, do art. 16 da Lei nº 8213/91, são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, bem como o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Conforme se depreende do referido dispositivo legal, não há qualquer limitação de idade para que o filho inválido ou irmão inválido

sejam considerados dependentes do segurado. Ademais, o § 4º do artigo 16 da Lei nº 8213/91, preceitua que, com relação à situação retratada no seu inciso I, a dependência econômica é presumida.

Ora, o filho inválido, qualquer que seja a sua idade, é dependente do segurado, desde que seja comprovada por perícia médica a existência de invalidez até a data do óbito daquele.

Assim, não há razão para suprimir um benefício que já era reconhecido pela antiga redação do art. 108 do Decreto 3.048/99. Sendo aquele dependente, devida será a pensão por morte, nos termos do artigo 201, inciso V da CF/88.

Não pode o intérprete limitar onde a Constituição não limita. Nem mesmo a norma inserida no inciso I do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 criou limitação a idade para a aquisição do benefício pensão por morte ao filho ou irmão inválido.

Considerando ser inaceitável esse vício de legalidade, não há outra conclusão a se chegar que não seja a de admitir que a norma do artigo 16 da Lei nº 8.213/91 guarda inteira compatibilidade com a Constituição Federal, e que a melhor interpretação a ser adotada é no sentido de se autorizar a pensão por morte, em favor do filho ou irmão inválido e dependente do segurado, por ocasião do seu falecimento, independentemente de se perquirir o momento de manifestação de tal incapacidade.

Observe-se que a alteração do artigo 108 do Decreto nº 3.048/99 gera, como acima ressaltado, um vício de legalidade, vez que exorbita o poder regulamentar. Há ilegalidade na referida alteração, o que não pode prosperar.

Faz-se, ainda, a supressão de um benefício que já era garantido àqueles que preenchiam apenas o requisito da invalidez anterior ao óbito do segurado e apresentavam a qualidade de dependente, nos termos dos incisos I e III do artigo 16 da Lei nº 8213/91.

3. Princípios Constitucionais

3.1. Do princípio da legalidade

O princípio da Legalidade tem sua origem histórica no século XIII, oriundo do direito anglo-saxão, quando surgiu a Magna Carta de 1215. Esse documento representou um esforço conjunto dos barões ingleses na tentativa de limitar o poder absolutista dos monarcas.

A Magna Carta, de 1215, estabelecia que “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país”.

É possível verificar que desde a Idade Média começou a se esboçar um movimento buscando fazer com que as relações jurídicas estabelecidas entre os particulares, assim como aquelas existentes entre o Estado e os particulares, ocorressem dentro dos limites traçados pela lei.

O estudo do princípio da legalidade é atualmente dividido em dois âmbitos de atuação distintos: em relação aos particulares e em relação à Administração Pública.

No que diz respeito às relações entre os particulares, o princípio da legalidade está consagrado no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Isso estabelece que, em regra, somente uma lei (ato emanado do Poder Legislativo) tem o poder de impor obrigações aos particulares.

Hely Lopes Meirelles ensina que “enquanto os indivíduos, no

campo privado, podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza”.³

O princípio da legalidade, no âmbito das relações entre os particulares, também é denominado de princípio da autonomia da vontade, pois, a liberdade para que os indivíduos ajam da maneira que lhes aprouver está assegurada, com exceção se houver uma proibição legal.

Já no que diz respeito à Administração, tal princípio tem um outro enfoque diferenciado. Essa situação está prevista expressamente no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, e estabelece que a Administração Pública somente poderá agir se houver uma norma legal autorizadora.

Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade “é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Dai que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores,”.⁴

A primeira impressão que podemos ter é a de engessamento da atividade administrativa, porque existe a necessidade de autorização legal para atuação da Administração. Todavia, não é esse o objetivo pretendido do respectivo princípio. Na realidade, como assinala Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 101.

também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei ”.⁵

De fato, a vontade da Administração é diretamente decorrente da lei e, por isso, os agentes públicos somente poderão fazer o que a lei autorizar. Celso Antônio Bandeira de Mello informa que o princípio da legalidade pode sofrer mitigação em função de circunstâncias excepcionais, descritas explicitamente no texto constitucional, e elenca como exemplo a edição de medidas provisórias, decretação de estado de defesa e de estado de sítio pelo Presidente da República.

Portanto, conforme Bandeira de Mello, os particulares poderão ser obrigados a fazer ou deixar de fazer algo também em razão de uma medida provisória ou de decretos que venham a instituir o estado de defesa ou de sítio.

No entanto, é importante ressaltar que tal obrigação somente ocorrerá em caráter excepcional e em razão de tais instrumentos serem dotados de força normativa de lei, mesmo não sendo lei em sentido formal.

É válido esclarecer que lei em sentido formal é aquela que, em regra, tem a sua origem criadora no Poder Legislativo, com a participação do Poder Executivo e de acordo com o processo legislativo previsto na Constituição Federal. Para que seja considerada lei em sentido formal é irrelevante o conteúdo normativo da lei, basta para tanto que tenha surgido do Poder Legislativo.

Já a lei em sentido material é aquela cujo conteúdo tem um caráter genérico, sendo aplicável a um número indefinido e indeterminável de pessoas, e abstrato, aplicável a um número indeterminável de situações futuras, independentemente do órgão ou entidade que a tenha

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21 ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 67.

dado origem.

Nessa situação, não importa o processo ou o órgão de sua criação, porém, o seu conteúdo, que deve ser normativo. O sentido material irá abranger tanto as leis em sentido formal como quaisquer atos normativos com caráter geral e abstrato, independente de sua origem.

É importante salientar que a atividade administrativa não pode ser *contra legem* nem *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*, pois os atos eventualmente praticados em desobediência a tais paradigmas serão considerados nulos podendo ter sua invalidade decretada pela própria autoridade administrativa que o tenha editado ou pelo Poder Judiciário.

3.2. Do Poder Regulamentar

O decreto nº 3.048/99 é chamado pela doutrina de regulamento executivo e possui como fundamento de validade o art. 84, IV, da CF, que dispõe ser de competência do Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Pode-se observar que o dispositivo prevê a expedição de decretos executivos, que têm como objeto o detalhamento das leis, a fim de lhes dar cumprimento. Por conseguinte, os decretos executivos regulamentares não podem inovar no ordenamento jurídico, estando limitados pela lei que pretendem detalhar. Afinal, conforme previsto no art. 5º, II, da Constituição, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, sendo essa uma garantia individual constitucional de defesa contra abusos do Estado.

O poder regulamentar é uma prerrogativa conferida à Administração Pública para editar atos normativos gerais com a finalidade de completar o sentido das leis e de possibilitar sua efetiva aplicação.

Logo, os atos administrativos que têm função eminentemente regulamentadora das leis não podem criar direitos e obrigações nem inovar na ordem jurídica, por expressa vedação constitucional.

Com o objetivo de combater a ampliação indevida do poder regulamentar, a Constituição dispõe no art. 49, inciso V, que é da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa.

Por conseguinte, diante de um ato administrativo normativo que exorbitou o âmbito de sua competência, inovando ou alterando o que foi estabelecido pelo Poder Legislativo, o Congresso Nacional poderá, através de decreto legislativo, sustar tudo o que extrapolou os limites legais.

O Decreto nº 3.048/99 foi expedido com vistas a dar cumprimento mais especificamente à Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, sendo que o Decreto nº 6.939/09, que altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, limita o direito de pensão por morte ao filho inválido após a sua maioridade e antes da data do óbito do segurado, bem como limita o direito do irmão inválido e dependente.

Aliás, a súmula 185 do extinto TFR, pacificou a questão, ao dispor que:

Filhos solteiros maiores e inválidos, presumida a dependência econômica, têm direito à pensão previdenciária por morte do pai.

Diante do exposto, só podemos chegar a conclusão de que o referido dispositivo é ilegal, pois, houve uma inovação explícita no

Decreto que gerou uma restrição ao direito do dependente maior inválido. Está claramente configurada a exorbitância do poder regulamentar na situação ora abordada.

3.3. Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento nuclear da República Federativa do Brasil, tal como positivado no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Na doutrina de Luís Roberto Barroso:

“o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.”⁶

É também do princípio da dignidade da pessoa humana “que se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça”.⁷

Nessa esfera se inclui a proteção do mínimo existencial, traduzido como o conjunto de bens e utilidade básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral.

Se não contemplado em sua integralidade, mesmo que haja sobrevivência, não há dignidade. Segundo a visão subjetiva de quem elabore o conjunto de prestações que integram o mínimo existencial, pode-se ter alguma variação, contudo, predomina o entendimento de que

6 BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 252.

7 Idem, *Ibidem*, p. 253.

tal conceito abarca, pelo menos, renda mínima, saúde básica e educação fundamental.

Fala-se também sobre um elemento instrumental e indispensável para a concretização e efetivação dos direitos que é o acesso à justiça.

Portanto, quando a Constituição proclama como objetivos da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução da pobreza e da marginalização, a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, está a buscar a efetividade do princípio da dignidade humana.

E são tais princípios que também informam o direito da família, se mostrando de especial relevância destacar o princípio da solidariedade familiar, que é “revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção do grupo familiar (CF, art. 226)”⁸.

A solidariedade se apresenta, então, como o princípio nuclear do direito a alimentos entre parentes, cônjuges ou companheiros, direito este que, tamanha a sua importância, tem o seu descumprimento punido até mesmo com a prisão civil.

Portanto, a obrigação alimentícia, que tem por objetivo maior a preservação da vida, está legitimamente alicerçada no vínculo de solidariedade e de afetividade manifestada no seio da família, esta mesma família que recebe a proteção especial do nosso ordenamento, nos exatos termos do art. 226 da Constituição Federal.

Preciosa é a consideração de Carlos Alberto Bittar, acerca do direito a alimentos:

“Relacionada ao direito à vida e no aspecto da subsistência, a obrigação alimentar é um dos principais efeitos que decorrem da

8 LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Família*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

relação de parentesco. Trata-se de dever, imposto por lei aos parentes, de auxiliar-se mutuamente em necessidades derivadas de contingências desfavoráveis da existência. Fundada na moral (ideia da solidariedade familiar) e oriunda da esquematização romana (no denominada *officium pietatis*), a obrigação alimentar interliga parentes necessitados e capacitados na satisfação de exigências mínimas de subsistência digna, incluindo-se, em seu contexto, não só filhos, mas também pessoas outras do círculo familiar. Integra, portanto, as relações de parentesco em geral, incluída a de filiação, havida ou não de casamento, e tanto sob o aspecto natural, ou biológico, como civil (famílias naturais e substitutiva, Lei nº 8.069/90, arts. 25 e segs. e 28 segs.).⁹

Portanto, esta diferenciação absurda que vem sendo imposta pela Previdência Social, por certo, além de não encontrar amparo nos princípios e normas constitucionais e nos tratados de direito internacional, também não resiste à força dos princípios e normas do Código Civil, que reconhece a relação de dependência entre o ascendente e o descendente incapaz para o trabalho, sem qualquer espécie de diferenciação quanto à manifestação da incapacidade, antes ou depois da maioridade.

A relação de parentesco é perene. Pai sempre será pai, e, portanto, até a sua morte, manterá o dever de prestar alimentos para seus descendentes, na necessidade destes e possibilidades suas, independentemente de quando tenha se manifestado a incapacidade.

São os comandos dos artigos 1.694 e seguintes do Código Civil que disciplinam o direito a alimentos entre os parentes, não havendo a menor dúvida de que a relação de dependência restará presente se atendidos os requisitos ali indicados. Para a norma, é irrelevante o momento de manifestação da maioridade civil do descendente, para a hipótese de filho incapaz para o trabalho.

Logo, a dependência do filho inválido, em face do seu genitor, pode ser extraída diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade, ainda que esteja expressamente positivada, também, no Código Civil.

9 BITTAR, Carlos Alberto, *Direito de Família*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 252.

Assim sendo, ainda que a lei previdenciária não reconhecesse (o que não é o caso, vez que há reconhecimento expresso do art. 16 da Lei 8.213/91) a relação de dependência entre o filho inválido e o seu genitor, deveria aquele ser protegido pela Previdência Social em razão dos laços de dependência, expressamente reconhecidos pela Constituição Federal e pelo Código Civil.

Da mesma forma, também o irmão inválido e dependente recebe proteção do Código Civil, pois aos parentes cumpre o dever de prestar alimento, em havendo necessidade destes.

Cristalino, portanto, que o filho e o irmão inválido recebem proteção da Constituição Federal, dos tratados de direito internacional, da própria Lei nº 8.213/91 e, finalmente, das normas do Código Civil, sendo de especial interesse apontar a imperiosa necessidade de interpretação sistemática do ordenamento, pois, como aponta Barroso,

“o direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. Sistema pressupõe ordem e unidade. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas”¹⁰

É também por esta razão, que a distinção levada a efeito pelo INSS é discriminatória, pois o que justifica a obrigação alimentícia é exatamente a situação de vulnerabilidade que deriva de contingências desfavoráveis da própria existência, o que estará igualmente presente, se a incapacidade de autossustento se manifestou antes ou depois da maioridade.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

3.4. Do Princípio da Igualdade

Neste contexto, o INSS e a nova redação do art. 108 do Decreto 3.048/99 estão criando duas categorias de filhos: a categoria dos filhos inválidos que receberão a proteção da Previdência Social e a categoria dos filhos inválidos que não a receberão, a despeito de serem igualmente vulneráveis. Da mesma forma, também cria duas categorias de irmãos inválidos.

Nesta exata medida, isso ofende diretamente a Constituição Federal, que proíbe de forma taxativa a distinção entre filhos, tendo se pronunciado a respeito no seu art. 226, § 6º, *in verbis*:

§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidos quaisquer designações discriminatórias relativamente à filiação.

Afirma o art. 5º da Constituição Federal que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, o que, como ressaltado por Fábio Konder Comparato¹¹, “tem por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal”.

No mesmo sentido, assevera Manoel Gonçalves Ferreira que “se igualdade consiste no tratamento igual para os iguais, desigual para os desiguais, a lei desarrazoada desigual, arbitrariamente, os indivíduos”¹².

11 COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59.

12 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 80.

No caso vertente, afigura-se ofensiva ao princípio da isonomia a disposição constante da nova redação do art. 108 do Decreto nº 3.048/99, que reduz o direito à pensão por morte, apenas aos filhos e irmão inválidos que tenham adquirido esta condição, até a maioridade, pois, trata de maneira diversa os filhos e irmãos que se encontram exatamente na mesma situação: inválidos, por ocasião do falecimento de seus genitores e parentes.

Daniel Sarmento, ao ressaltar a importância do princípio da igualdade, conclui que a visão individualista não se sustenta mais na ordem constitucional brasileira. Assevera a respeito:

“Na Constituição brasileira, a igualdade não é só um limite, mas antes uma meta a ser perseguida pelo Estado, justificadora de enérgicas políticas de cunho redistributivo, que podem gerar forte impacto sobre os direitos patrimoniais dos particulares. A solidariedade também deixa de ser apenas uma virtude altruística, promovida por pontuais ações filantrópicas, convertendo-se em princípio constitucional, capaz de gerar direitos e obrigações inclusive na esfera privada, e de fundamentar restrições proporcionais às liberdades individuais. E a própria liberdade não é relegada a um segundo plano, mas, ao contrário, vê-se enriquecida por preocupação mais realistas e menos metafísicas. Ela deixa de ser vista como um dado a priori, convertendo-se num objetivo, cuja prossecução depende, na prática, da garantia para os excluídos das condições materiais de liberdade, que podem ser identificadas com o que a doutrina vem chamando de “mínimo existencial”. E o seu foco se amplia, diante do reconhecimento de que a pessoa humana deve ser livre não apenas da opressão exercida pelo Estado, mas também daquela presente nas múltiplas instâncias da própria sociedade, e que a intervenção estatal nestas instâncias faz-se muitas vezes em favor da liberdade, e não contra ela.

Portanto, a visão individualista, que atribuía primazia incondicional aos direitos individuais sobre os interesses coletivos, não se sustenta na ordem constitucional brasileira. Esta, na verdade, lastreia-se sobre uma visão personalista, como se analisará a seguir”.¹³

Ainda sobre a isonomia, precioso o alerta do mesmo Daniel Sarmento, para quem, em razão da “gritante desigualdade social” no país,

13 SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres* - Renovar, 2006, p. 287/288.

esta questão assume um relevo ímpar.

Assevera o autor que “na verdade, o princípio da igualdade material, que se infere da conjugação da cláusula da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), com a diretriz constitucional, apontada como um dos fundamentos da República, de redução das desigualdades sociais (art. 3º, inciso III, CF), não permite, mas antes impõe, na ordem jurídica brasileira, a proteção das partes mais débeis nas relações privadas.”

Logo, merecem ser revistos os atos do INSS, vez que estão incidindo em evidente tratamento discriminatório, em desfavor justamente de grupo vulnerável: os inválidos.

3.5. Do Postulado da Razoabilidade

Com efeito, o princípio em questão impõe que as normas sejam adequadas para os fins a que se destinam, sejam os meios mais brandos para a consecução destes fins e gerem benefícios superiores aos ônus que acarretam.

Assim sendo, a eleição de condição não prevista em lei, que importa em tratamento desigual dentro da família, sem qualquer razão para tal *discrímen*, fere visceralmente o princípio da razoabilidade, por não se pautar em critério adequado, vale dizer, em consonância com os objetivos constitucionalmente colimados.

Na ordem infraconstitucional, a Lei nº 9.784/99 dispõe, em seu art. 2º, que

“A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

No parágrafo único, inciso IV, do supracitado artigo, consta que a Administração Pública deve observar, entre outros, o critério de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.”

Alexandre de Moraes, ao se referir ao princípio da razoabilidade, diz que

“O princípio da razoabilidade, como vetor interpretativo, deverá pautar a atuação discricionária do Poder Público, garantindo-lhe a constitucionalidade de suas condutas e impedindo a prática de arbitrariedades”.¹⁴

O mesmo entendimento é partilhado Gilmar Ferreira Mendes que afirma:

“Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de disposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas como o princípio da proporcionalidade.”¹⁵

Não resta dúvida, portanto, que as medidas restritivas que vêm sendo adotadas pelo INSS, além de não atender aos princípios da legalidade e da isonomia, também não atendem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

¹⁴ Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, p. 113.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 365.

4. Da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo – Da Lei nº 7.853/89

Não há dúvida que o grande desafio atualmente enfrentado em matéria de direitos humanos é a sua efetiva defesa. Não se trata apenas de saber quais e quantos são tais direitos, qual o seu fundamento e natureza; se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos. O que se deve considerar primordialmente é qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, mesmo estando formalmente declarados, esses direitos não sejam continuamente violados.

Veja que o reconhecimento de direitos humanos trouxe como reflexo profunda modificação na concepção de Estado. O indivíduo, concretamente considerado, passa a sujeito de direitos, diferenciando-se, a partir daí, a relação de Estado e cidadão.

O preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência já aponta os valores nos quais se fundam, elevando, sem dúvida, o indivíduo ao patamar de sujeito de direitos, ao trazer o princípio da dignidade da pessoa humana como vetor que informa e alberga os direitos ali protegidos.

Os importantes pactos internacionais de proteção aos direitos do homem que se seguiram à Convenção reafirmaram a importância desse vetor - a dignidade da pessoa humana, sendo de se destacar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966, ambos aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, além da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica), e mais recentemente, da Convenção sobre os Direitos das

Pessoas com Deficiência.

Como bem alerta Flávia Piovesan, “no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária”¹⁶.

Portanto, o Estado, por meio de todos os seus Poderes, tem o dever não só de defender os direitos da pessoa com deficiência, como também tem o dever de promover tais direitos. A defesa na esfera internacional é sempre subsidiária.

O primeiro pacto internacional a tratar da defesa da pessoa com deficiência foi a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965. Na ocasião, este Pacto já apontava como leme o dever não repressivo punitivo a cargo dos Estados, como também o dever promocional de promoção da igualdade, por meio das chamadas ações afirmativas.

Em evidente alargamento da proteção dos direitos humanos de grupos vulneráveis, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09/07/2008, com força de norma constitucional.

O propósito da Convenção já vem anunciado no seu artigo 1º:

O propósito da presente convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Cumprir chamar especial atenção para o postulado que

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 163.

ressalta imperiosa necessidade de proteção por parte do Estado, em favor não só da pessoa com deficiência, como em favor de sua família, pois, sem dúvida alguma, é mediante a proteção familiar que se realiza, também, a proteção da pessoa com deficiência. Vejamos o estabelecido na Convenção:

x) Convencidos de que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito de receber a proteção da sociedade e do Estado e de que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência.

Portanto, a restrição que vem fazendo o INSS, além de importar violação à Lei nº 8.213/91, viola diretamente o tratado internacional que busca estabelecer procedimentos comuns, por parte dos países signatários, sobre a pessoa com deficiência.

De outro lado, vem a Convenção assegurando, ainda, o direito à isonomia em inúmeras situações, sendo de todo injustificável que o filho ou irmão inválido sejam divididos em duas categorias: aquele que terá direito à pensão, porque incapaz quando atingiu a maioridade (distinção não trazida em lei), e aquele que não terá direito à pensão, simplesmente porque a incapacidade se manifestou após a maioridade.

Pergunta-se: qual a razão para a discriminação pelo Estado/INSS, se ambos estão em igual situação de vulnerabilidade e se ambos, por certo, contam com a presunção de dependência dos seus pais e parentes?

Os Estados-Partes da Convenção, portanto, o Brasil aí inserido, assumiram o compromisso de adotar as medidas cabíveis, por meio de todos os seus Poderes, com vistas a dar concretude e efetividade a tais preceitos, realizando, portanto, o princípio da isonomia em favor deste grupo vulnerável.

A despeito disso, este compromisso assumido não está sendo atendido pelo INSS, o que pode levar à responsabilização do Estado brasileiro na seara internacional.

Muito antes da vigência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o ordenamento interno já impunha ao Estado o dever de defender e promover o direito de isonomia da pessoa com deficiência.

Neste sentido é a disposição da Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio e a inserção social das pessoas portadoras de deficiência:

Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

A Lei nº 7.853/89, inclusive, é expressa no sentido de que as questões relativas à defesa da pessoa com deficiência deve receber tratamento adequado e prioritário, pela Administração Pública Federal, esclarecendo que por Administração Pública Federal há que se entender, inclusive, as autarquias federais.

É de se ver, assim, que o Estado brasileiro também assumiu, na esfera externa, o compromisso de alargar a proteção, em favor da

pessoa com deficiência, de forma progressiva.

Ora, se a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 16, não distingue o filho e irmão inválido, um simples decreto não poderá trazer esta distinção, especialmente quando tal alteração implica em reduzir a proteção em favor da pessoa com deficiência, incidindo em evidente tratamento discriminatório.

A obrigação dos Estados-Partes em assegurar, progressivamente, os direitos trazidos pela Convenção, está positivada no art. 4º, item 2:

Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, cada Estado Parte se compromete a tomar medidas, tanto quanto permitirem os recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional, a fim de assegurar progressivamente o pleno exercício desses direitos, sem prejuízo das obrigações contidas na presente Convenção que forem imediatamente aplicáveis de acordo com o direito internacional.

A interpretação da norma do art. 16 da Lei nº 8.213/91, portanto, há de ser no sentido de se garantir a isonomia em favor tanto do filho quanto do irmão dependente, cuja incapacidade tenha se manifestado antes do óbito do segurado, sem qualquer diferenciação se tal incapacidade se manifestou, antes ou após a maioridade.

Não se tem dúvida de que o Estado, frente à ordem jurídica, tanto interna quanto externa, está obrigado a assegurar a efetividade da isonomia da pessoa com deficiência, como condição de efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta hipótese, não resta a menor dúvida, frente ao ordenamento pátrio, que deverão ser respeitados e, mais do que isto, protegidos, o direito fundamental do acesso isonômico, à seguridade social, da pessoa com deficiência.

Neste sentido é a disposição do artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo VIII- Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou por lei.

Sobre o valor de tais Pactos, aliás, Flávia Piovesan sustenta:

"A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional. Neste sentido, afirma Canotilho: 'O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao "texto" da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e os princípios da constituição, alargando o 'bloco de constitucionalidade' a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas. Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado 'bloco de constitucionalidade', densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta".¹⁷

Também não se pode desprezar que um dos princípios mais importantes a orientar a interpretação constitucional, ao lado do princípio da unidade da Constituição, é o princípio da efetividade dos direitos fundamentais.

A respeito, assinala Paulo Bonavides, citando Peter Häberle:

"Descrevendo o quadro expansivo do princípio da efetividade dos direitos fundamentais, que volta a acentuar-se na Alemanha desde 1971, Häberle declara que 'esses direitos se generalizam' e sua eficácia vinculante já escalou o sentido de declaração de valor meramente pragmático, que tinham as garantias clássicas, para subir ao degrau da vinculatoriedade imediata das cláusulas de realização, as quais, por via das tarefas do Estado (Grundrechtsaufgben), são honradas mediante desenvolvimento de novas dimensões conferidas aos direitos fundamentais: da versão individual e objetivo-institucional para o umbral da prestação processual e da obrigação da prestação e da obrigação

¹⁷ Flávia Piovesan - *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85.

da prestação processual”.¹⁸

Logo, diante da primazia dos direitos fundamentais (direito à igualdade material, à isonomia, à legalidade, à previdência social, a alimentos), como é o caso do direito ora comentado, a única interpretação possível é no sentido de que a pensão deve ser concedida a todo filho que esteja “inválido” por ocasião do óbito do pai/segurado, ou a todo irmão que esteja inválido; este, quando atendido os demais requisitos.

Ademais, não se pode negligenciar que, em regra de interpretação de direito fundamental, é de se registrar que nenhuma interpretação pode “excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.¹⁹

Esta é a regra constante do art. 29 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 25.09.1992, por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992. Do contrário, violada restará a norma constitucional e todas as obrigações assumidas pelo país também na ordem internacional, o que poderá, inclusive, levar à denúncia naquela seara.

Tamanha é a importância da proteção eficiente dos direitos fundamentais, que a Constituição Federal, ainda no seu art. 5º, determina que:

“XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais.”

Segundo decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os Estados têm o dever de assegurar o exercício pleno e livre

¹⁸ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 549.

¹⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), art. 29, alínea d.

dos direitos humanos, não só da máquina governamental, como também de todas as estruturas de poder. Veja-se o registro:

“É dever dos Estados organizar toda a máquina governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o pleno livre exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação os estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos na Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se é possível, do direito infringido e, no seu caso, a reparação dos danos produzidos pela violação desses direitos.”²⁰

Na verdade, a decisão de dividir o filho e o irmão inválido em duas categorias, o incapaz antes da maioridade e o incapaz após a maioridade, representam iniciativas que atingem o conteúdo mínimo ou essencial do direito de acesso igualitário à previdência social, como já mencionado.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em inteira consonância com os direitos já declarados pela Declaração dos Direitos do Homem, tratou de incorporar dispositivos da citada Declaração, desta feita, sob a forma de preceitos obrigatórios e vinculantes, como bem ressalta Flávia Piovesan.

Portanto, não se tem dúvida de que o Estado, frente à ordem jurídica, tanto interna quanto externa, está obrigado a assegurar esse mínimo essencial aos seus cidadãos, como condição de efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar que tal obrigação foi ratificada, também, pela Convenção Americana de Direitos Humanos - o chamado Pacto de São José da Costa Rica.

Logo, quando são tomadas medidas contrárias à efetivação plena do direito de subsistência da pessoa com deficiência, não só há

²⁰ MARMELSTEIN, George Marmelstein. *Curso de Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 166. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentença de 29 de julho de 1988, Série C nº 49.

violação do ordenamento legal interno, como também dos citados Pactos Internacionais, integrados à ordem jurídica com *status* de norma constitucional, como já afirmou recentemente o Supremo Tribunal Federal, no HC 90450/MG.

Ademais, mesmo que se entenda pela natureza supra legal dos Pactos em questão, estes também terão hierarquia superior a atos do Poder Executivo, como é o caso dos decretos.

Também não se pode desprezar que um dos princípios mais importantes a orientar a interpretação constitucional, ao lado do princípio da unidade da Constituição, é o princípio da efetividade dos direitos fundamentais.

Logo, quando o Estado, atendendo tal desiderato, concede o benefício previdenciário com vistas a garantir a vida digna do dependente inválido, nada mais faz do que dar efetividade a tais preceitos, integrados à ordem jurídica com força de norma constitucional.

Assim, o filho ou irmão inválido que atingiu a incapacidade após a maioridade e anteriormente ao óbito do segurado não pode ter o seu benefício suprimido, porque aí, certamente, a proteção erigida pela Constituição Federal não estará sendo respeitada.

Se o benefício previdenciário, pensão por morte, tiver que ser destinado apenas ao filho ou irmão inválido que apresenta esta condição antes da maioridade, é certo que a proteção erigida pela Constituição Federal, art. 201, inciso V, bem como pelos Pactos acima indicados, estará sendo diretamente violada, já que aquele deficiente terá que se sustentar sem a referida pensão.

Não há dúvida, portanto – não sendo necessário para tanto, a edição de qualquer outra lei –, que o benefício pensão por morte é também devido ao filho ou irmão deficiente que atingir a incapacidade após a maioridade, nos termos da Constituição Federal e da Lei nº

8.213/91.

De outro lado, não se pode olvidar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é o primeiro tratado a ser ratificado, pelo Congresso Nacional, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, o que lhe confere, sem qualquer dúvida, força constitucional.

Na verdade, tendo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência sido ratificada pelo Congresso Nacional em 2006, posteriormente, portanto, à própria Lei 8.742/93, e tendo suas normas adquirido *status* de norma constitucional, é de se entender que qualquer disposição que atente contra o direito à vida (entenda-se, nível de vida adequado – alimentação, moradia e vestimenta), ou que promova discriminação indevida, é de ser considerada não recepcionada pela ordem jurídica.

Veja-se que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Congresso Nacional após a Emenda Constitucional nº 45/04, veda expressamente qualquer espécie de discriminação, especialmente aquela que visa reduzir a margem de proteção do deficiente.

A não-discriminação é verdadeiro princípio a reger as relações sociais da pessoa com deficiência. Neste sentido é a disposição constante do art. 3º da citada Convenção:

Os princípios da presente Convenção são:
O respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual.
A não-discriminação;
(...)
A igualdade de oportunidades;

O direito à vida vem também expressamente garantido no seu artigo 5º, impondo ao Estado “tomar todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo desfrute desse direito”.

E mais, o Estado Brasileiro, ao ratificar tal Convenção, obrigou-se a cumprir a prestação prevista no seu artigo 28, segundo o qual

Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.

Observe-se que o inciso I do art. 16 da Lei 8.213/91 em nenhum momento estipulou limite de idade para que o dependente do segurado, filho inválido ou irmão, percebesse o benefício de pensão por morte.

Então, a interpretação da autarquia previdenciária e a nova redação do art. 108 do Decreto nº 3.048/99 é que representa uma verdadeira inovação do nosso ordenamento jurídico, o que é de todo vedado, por ser função que escapa de sua atribuição.

Em termos práticos, é simples demonstrar a falta de razoabilidade da aplicação do Decreto nº 3.048/99, no aspecto impugnado, pois todos os inválidos têm direito a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, sem discriminação de qualquer natureza.

As disposições do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), aprovada no Brasil pelo Decreto nº 3.321, de 30.12.1999, também é enfática em vedar a discriminação. Assim, seu art. 3º dispõe:

Artigo 3

Obrigações de não discriminação

Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição

econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Todavia, o Estado Brasileiro, por meio de sua autarquia previdenciária, está descumprindo a obrigação negativa imposta pelo citado Pacto, ao adotar critério de discriminação indevido.

Portanto, não só à luz das normas constitucionais (art. 1º, III; art. 5º; art. 201, inciso V; art. 226, todos da Constituição Federal), como à luz dos Pactos indicados, que possuem *status* de norma constitucional, os direitos ali tratados devem ser assegurados aos deficientes, sem qualquer consideração do momento da invalidez adquirida, sob pena de discriminação arbitrária e não tolerada pelo nosso ordenamento.

Considerações finais

A Previdência Social no Brasil representa uma importante expressão da efetividade dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. É inegável o seu alcance no sentido de promover a diminuição das desigualdades sociais, especialmente nas regiões mais pobres do país.

Desempenhando importante papel para a imensa maioria da população, a Previdência tem provocado impactos positivos na nossa ordem econômico- social, pois, tem contribuído de maneira incisiva para a redução da pobreza e para a geração de rendas.

O nosso sistema previdenciário geral tem as suas diretrizes estabelecidas diretamente na Constituição Federal e na Lei nº 8.213/91 que dispõe sobre o seu plano de benefícios.

É digno de nota que o legislador constituinte teve a preocupação de explicitar os direitos sociais não apenas para estabelecer um paradigma a ser adotado, mas também, para garantir, em sua

plenitude, a proteção social aos cidadãos.

Muito embora, na legislação ordinária, os direitos e requisitos para o seu exercício já estejam previamente disciplinados, o Decreto nº 3.048/99 trouxe uma inovação e restringiu o direito do dependente maior inválido.

Quando do estabelecimento de condição não prevista em lei e contrária ao ordenamento jurídico nacional, o referido decreto afrontou diversos princípios constitucionais, criou uma discriminação arbitrária, expondo à condição de risco uma pessoa deficiente que esteja em situação de vulnerabilidade.

Como amplamente já discutido, o decreto regulamentar é ato administrativo e possui tão somente a finalidade de complementar a lei proporcionando agilidade em sua execução. Portanto, ao criar, por meio de decreto, novo requisito para a concessão de pensão por morte ao dependente maior inválido, o Poder Executivo está exorbitando de sua competência e invadindo a esfera de atuação do Poder Legislativo.

Além da afronta à clausula pétrea de separação dos poderes, tal dispositivo viola a dignidade da pessoa humana e retira a proteção que foi garantida constitucionalmente ao dependente maior inválido.

Diante dessa problemática causada pelo art. 108 do Decreto nº 3048/99, impõe-se a necessidade de se tomar, urgentemente, providências que combatam eficazmente as violações ora praticadas na concessão da pensão por morte ao dependente maior inválido cuja invalidez se deu em momento posterior a sua maioridade.

Uma das medidas possíveis, defendida neste trabalho, é a sustação do referido artigo pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo, conforme dispõe o art. 49, V, da Constituição Federal. Tal medida, por mais impacto político que viesse a causar, contribuiria para

restabelecer a harmonização dos poderes constituintes do Estado, bem como para dar efetividade aos direitos fundamentais sociais que a Constituição de 1988 expressamente consagrou em seu texto, inserindo-os no Título que trata dos direitos e garantias fundamentais.

Referências Bibliográficas

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2 ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. - São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. - São Paulo: Malheiros, 2002.
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20 ed. - Rio de Janeiro Lumen Juris. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público – estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21 ed. - São Paulo: Atlas, 2008.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2 ed. - São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Família*. 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 1 ed. - São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. Ed. - São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed – São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.